

LEGALIDAD, ESTADO DE DERECHO Y DERECHOS HUMANOS

Alicia Rodríguez Núñez

1. Consideraciones preliminares

El Derecho Penal es un instrumento de control social que debe ser utilizado por el Estado para proteger bienes jurídicos individuales, colectivos y supraindividuales¹. Desde la perspectiva de un concepto amplio, está formalmente constituido por el conjunto de normas penales, interpretadas por las resoluciones judiciales, según los valores de una sociedad en un determinado momento histórico, y la doctrina publicada en estudios científicos².

Tradicionalmente la Política criminal está unida a la Criminología y a la Dogmática. Estudios previos criminológicos sobre la actividad delictiva y sus consecuencias en las víctimas y en la sociedad deberían guiar decisiones de política criminal para la aprobación de las leyes penales que, a su vez, necesitan de la dogmática con el fin de racionalizar su interpretación equitativa acorde con los Derechos Humanos evitando la irracionalidad y arbitrariedad.

La política criminal forma parte de la política general de un Gobierno, es el conjunto de criterios que inspiran la tendencia de las normas penales. Los Derechos Humanos deben constituirse en criterios rectores de la política criminal para garantizar que en un Estado democrático y social sea un instrumento al servicio de la persona, de tal manera que condicionen no sólo al legislador sino también al intérprete en la aplicación de la ley y la fase de ejecución de la pena o medida.

¹ GIL GIL, A. y otros: *Curso de Derecho penal. Parte general*, ed. Dykinson, 2011, pp. 8 ss.

² RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Compendio de Derecho Penal*, ed. Dykinson, 2010, p. 31.

En el Estado de Derecho prevalece el gobierno de las leyes sobre el arbitrio de las personas, al tiempo que se reconocen y garantizan las libertades de los ciudadanos. En el plano legislativo los criterios de la política criminal influyen en la mayor o menor pena atribuida a la infracción, con lo que se trasmite el lugar en el que se encuentra el bien jurídico agredido, pues hay una escala en la valoración de los bienes jurídicos, siendo el supremo el derecho a la vida de la persona. La legislación penal debe combinar la seguridad de las personas, la política social y el respeto a los Derechos Humanos establecidos y desarrollados en la legislación internacional que sirve de marco a las legislaciones estatales. Por tanto, la legislación de cualquier Estado que pertenezca a la Comunidad Internacional debe armonizarse con los acuerdos tomados en su seno. España, como miembro de la Unión Europea, está obligada a armonizar sus leyes penales cumpliendo con las Decisiones y Recomendaciones emanadas de los organismos europeos. A su vez, la Unión Europea reconoce los instrumentos jurídicos aprobados por la ONU y otras instancias internacionales por lo que éstos también influyen en el rumbo de la política criminal de la legislación penal española.

Ninguna norma penal puede oponerse a los principios, derechos y libertades establecidos en la *Constitución Española* que proclama: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España” (art. 10.2 CE). La *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, como ley suprema de los mismos, establece la igualdad en dignidad y derechos de todas las personas, sin distinción ni discriminación, y establece como derechos básicos, marco de todos los demás, el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona³. Derechos que se reafirman en el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*⁴ y en la *Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea*⁵. La referencia a la observancia de los acuerdos internacionales se encuentra igualmente en el art. 2.1 de la *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabili-*

³ Art. 3 DUDH; art. 9 PIDCP. En el mismo sentido se pronuncian la Convención Americana de Derechos Humanos arts. 4, 5, 7 y 24; y la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos arts. 3, 5 y 6.

⁴ Arts. 2 y 5 CPDHLF; art. 5 CPDHLF: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley...”.

⁵ Arts. 2 y 6 CDFUE.

dad penal de los menores (LORRPM): “Las personas a las que se aplique la presente Ley gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, particularmente en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y en todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España”.

El Derecho Penal es un subsistema dentro del sistema general de control social para el mantenimiento del orden social general. En la delimitación de las conductas criminales de las que no lo son, las leyes penales han de mantener un equilibrio entre su poder de coerción y el respeto a los Derechos Humanos. La política criminal, con el doble enfoque represivo y preventivo, por un lado debe contribuir a evitar la excesiva criminalización del ciudadano y por otro evitar caer en la excesiva laxitud en la persecución de los ataques graves a los bienes jurídicos. Así, sus directrices harán que unas conductas estén penadas y otras se consideren atípicas aunque puedan ser sancionadas en otros ámbitos como el administrativo, el civil, el laboral, etc. No hay que confundir conductas criminales con conductas contrarias a la ética o la moral. La aplicación del Derecho Penal debe quedar reservada como *ultima ratio*, cuando otras formas de control social informal o formal no puedan obtener el mismo resultado en supuestos de grave daño a un bien jurídico protegido, cuando afectan a un gran número de personas o a la organización social y sus intereses. Los poderes públicos han de utilizar la política criminal como un instrumento de control social y no como un instrumento para modificar comportamientos sociales lo que podría generar un indeseado autoritarismo. Los criterios de política criminal impregnan también las normas que rigen la ejecución de las sanciones penales impuestas por sentencia firme.

La CE “garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos” (art. 9.3 CE). El Estado tiene competencia exclusiva en materia de Administración de Justicia y de legislación penal y penitenciaria (art. 149 CE) y ha transferido a la Comunidad Autónoma de Cataluña la materia de ejecución penitenciaria. Por mandato constitucional las materias relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas⁶

⁶ Arts. 15 a 29 CE.

deben regularse por leyes orgánicas, discutidas en el Parlamento y aprobadas por mayoría absoluta en el Congreso (art. 81 CE)⁷.

2. Principios rectores del Derecho Penal

El Derecho Penal debe responder a unos principios básicos y garantistas desde la aprobación de las normas hasta la ejecución de las consecuencias jurídicas de la infracción.

2.1. Principio de legalidad

El principio de legalidad constituye la principal limitación al ejercicio del poder sancionador del Estado⁸. Le obliga a adecuar el *ius puniendi* a un conjunto del ordenamiento jurídico que debe plasmarse en normas expresadas por escrito y con publicidad, para garantizar la seguridad jurídica⁹. Las normas que incumplen el principio de legalidad pueden dar lugar a recursos de inconstitucionalidad.

Este principio, que se formula con el aforismo *nullum crimen nulla poena sine previa lege*, implica las cuatro garantías que se exponen a continuación.

a) Garantía criminal (*nullum crimen sine previa lege*)

El art. 25.1 CE establece: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”¹⁰. Con este mandato queda cerrada la puerta a la ley consuetudinaria no escrita.

⁷ Art. 52 CDFUE: “1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”. ARROYO ZAPATERO, L.: “Principio de legalidad y reserva de Ley en materia penal”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 3, nº 8, mayo-agosto 1983.

⁸ CÓRDOBA RODA, J. / GARCÍA ARÁN, M. (dir.): *Comentarios al Código Penal. Parte general*, ed. Marcial Pons, 2011, pp. 18 ss.

⁹ LAMARCA PÉREZ, C.: «Principio de legalidad penal», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 1, septiembre 2011-febrero 2012, p. 157.

¹⁰ Art. 7 CPDHLF; art. 11 DUDH; art. 15 PIDCP; Art. 49 CDFUE; art. 2.b) Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985. En el mismo sen-

El Código penal se inicia con un Título Preliminar “De las garantías penales y de la aplicación de la ley penal” donde el art. 1 CP determina: “1. No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración. 2. Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley”. Con el mismo sentido se pronuncia el art.1.1.1 LORRPM: “Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales”¹¹.

Las conductas criminales y los estados peligrosos deben estar descritos con la mayor precisión posible, evitando las cláusulas generales, con el fin de limitar la intervención del Estado. El cumplimiento del principio de taxatividad presenta alguna dificultad en las normas penales pues descripciones típicas abstractas deben englobar la multiplicidad de actividades reales que pueden producirse.

Queda prohibido el castigo de conductas que no estén previstas por la ley promulgada con anterioridad a la realización del hecho, lo que impide la aplicación de leyes creadas después de la comisión. El Código penal prohíbe la retroactividad de la ley penal regulando en su art. 2.1 CP: “No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad”. Esto tiene como excepción la retroactividad de la ley penal más favorable para el reo cuando la conducta incriminada deja de serlo o la nueva pena es menor que la prevista anteriormente (art. 2.2 CP)¹².

tido se pronuncian el art. 9 Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 7 Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

¹¹ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A.: “Menores infractores y responsabilidad penal”, en RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. (coord.): *La investigación criminal y sus consecuencias jurídicas*, ed. Dykinson, 2013, pp. 425 ss.

¹² Art. 2.2 CP: “No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario”.

No se admite la interpretación por analogía, prohibida en el art. 4.1 CP¹³, salvo en los casos admitidos por la ley como ocurre en la circunstancia atenuante de la responsabilidad penal de análoga significación del art. 21.7ª CP. Tampoco es posible la interpretación extensiva de las normas penales aplicándolas a hechos que no están claramente comprendidos ni en su tenor literal ni en su espíritu.

Se rechaza la creación, modificación o derogación de una norma sin observar la tramitación legalmente establecida (art. 4.2 y 3 CP)¹⁴.

b) Garantía penal (*nulla poena sine previa lege*)

Se prohíbe expresamente la imposición de penas o medidas que no estén previstas por la ley (art. 2.1 CP)¹⁵. A cada figura delictiva debe corresponder una o varias penas expresamente, aunque se permita al Juez moverse en una horquilla de penalidad con la finalidad de poder individualizar la sanción adaptándola al caso concreto tras la valoración de los hechos y las circunstancias personales del culpable.

El Juez o Tribunal puede solicitar al Gobierno la concesión del indulto¹⁶ cuando estime que, de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley, resulta penada una acción u omisión que a su juicio no debiera serlo, o cuando la pena resulta notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo (art. 4.3 CP). En este supuesto se exige la ejecución de la pena, salvo que pueda resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en cuyo caso se debe suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada. La suspensión también puede producirse hasta que se resuelva el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria (art. 4.4 CP).

¹³ Art. 4 CP: “1. Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”.

¹⁴ Art. 4 CP: “2. En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal. 3. Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto...”.

¹⁵ Los Títulos III y IV del libro I CP están dedicados a las penas y las medidas de seguridad respectivamente. En el art. 7 LORRPM se encuentran las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas.

¹⁶ *Ley de 18 de junio de 1870 por la que se establecen las reglas para el Ejercicio de la Gracia de Indulto.*

La LORRPM, en base al interés del menor, establece reglas diferentes al CP para la imposición y ejecución de las medidas socioeducativas correspondientes a los delitos cometidos por menores de edad. Contempla dos tramos de edad, menores de 14 y 15 años y menores de 16 y 17 años, que permiten modular la medida¹⁷. Además tiene una serie de herramientas que permiten la suspensión, modificación o sustitución de la medida según evolucione o reaccione el menor ante la sanción¹⁸.

Se consideran penalmente inimputables, y por tanto no acreedores a la imposición de una medida de la LORRPM, a los menores de 14 años por no tener la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta y de obrar conforme a esa comprensión. Otra cosa es que los menores que aún no han cumplido los 14 años delincan instigados por los adultos con los que están emparentados o que se encuentran en su entorno. Los delitos cometidos por estos niños suelen ser generalmente irrelevantes y es suficiente la respuesta en el ámbito familiar y asistencial sin necesidad de hacer intervenir el aparato judicial sancionador del Estado. Se les aplican las medidas previstas en el Código civil, la *LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor* y las demás disposiciones nacionales y autonómicas de protección a los menores en situación de riesgo o desamparo (art. 3 LORRPM). La asunción de la tutela institucional lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. La guarda se realiza en acogimiento familiar o residencial.

c) Garantía jurisdiccional

Nadie puede ser condenado si no es en virtud de sentencia firme dictada por un Juez competente y con todas las garantías procesales.

Según el art. 24 CE “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”¹⁹, lo que se refuerza con el art. 53.2 CE²⁰. El art. 3.1 CP concreta que “No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo

¹⁷ Arts. 9 a 12, 14 LORRPM.

¹⁸ Arts. 13, 18, 40, 51 LORRPM.

¹⁹ Art. 6 CPDLF; art. 14 PIDCP. FIGUERUELO BURRIEZA, A.: “En torno al concepto de tutela efectiva de los jueces y tribunales (Artículo 24,1 de la Constitución española), *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), nº 33, mayo-junio 1983, pp. 207 ss.

²⁰ DAMIÁN MORENO, J.: *El Derecho y su garantía jurisdiccional*, ed. Reus, 2009, pp. 151 ss.

con las leyes procesales”. Asimismo, el art. 1 LECrim regula que “No se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente”.

El art. 2 LORRPM regula la competencia de los Jueces de Menores que conocen de los hechos cometidos por menores de entre 14 y 17 años, resuelven sobre las responsabilidades civiles derivadas de los hechos delictivos y tienen encomendada la facultad para hacer ejecutar las sentencias²¹.

d) Garantía de ejecución o penitenciaria

Las penas o medidas sólo pueden ejecutarse en la forma establecida por la ley y las normas que la desarrollan.

El marco general de la ejecución de las penas se encuentra en el art. 25.2 CE: “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad. 3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”.

A este efecto el art. 3.2 CP regula que “Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes”.

En cuanto a la sanción de la conducta delictiva, el sistema español ofrece respuestas de política criminal diferentes según la edad del infractor. Se consideran tres tramos de edad en los que la persona puede estar sujeta a responsabilidad criminal: mayores de edad, a partir de los

²¹ Art. 44 LORRPM.

18 años; menores de edad penal, desde los 14 y hasta que cumplen los 18 años; y niños que aún no han cumplido los 14 años están exentos de responsabilidad penal.

La ejecución de las penas y medidas de seguridad penales restrictivas de libertad se encuentra regulada²² en el ámbito nacional, actuando como legislación supletoria para el resto de los ámbitos penitenciarios, por la *Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria*, el *Real decreto 190/1996 de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario*, el *Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas* y los arts. 108 a 111 y el primer párrafo del parcialmente derogado *Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario*, relativos a las faltas o infracciones de los internos, a las sanciones disciplinarias y a los actos de indisciplina grave cuya sanción puede ser inmediatamente ejecutada. En la Comunidad Autónoma de Cataluña, que tiene transferida la competencia ejecutiva de la legislación del Estado en materia penitenciaria, rige el *Decreto 329/2006, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento de los servicios de ejecución penal en Cataluña*. Las penas impuestas en aplicación del Código Penal Militar se cumplen en centros penitenciarios militares regulados en el *Real Decreto 1396/1992, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares*.

Las normas que regulan la ejecución de las medidas socioeducativas impuestas a los menores de edad se encuentran en la LORRPM²³ y el *Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Regla-*

²² Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, adoptados por la Asamblea General en su resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990 ; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990; Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990; Recomendación (2006) 2 del Comité de Ministros de los Estados miembros sobre las reglas penitenciarias europeas; Recomendación (2008) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre reglas europeas para infractores juveniles sometidos a sanciones o medidas; Recomendación CM/Rec (2012) 12 del Comité de Ministros a los Estados Miembros, relativa a los internos extranjeros.

²³ Arts. 46 a 53 LORRPM.

mento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

2.2. Principio de humanidad

Principio basado en el respeto a la dignidad de la persona, a la personalidad del delincuente y a la consideración debida por el hecho de ser persona. De aquí que no se puedan imponer medidas o penas inhumanas o que supongan un trato degradante. El art. 15 CE establece que “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las Leyes penales militares para tiempos de guerra”.

La *Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*²⁴ considera que la tortura es “una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante” (art.1.2). El concepto de tortura que adopta se repite en la Convención salvo que en ésta no se limita la autoría a la autoridad o funcionario público. Así, la tortura es “todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”. La *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*²⁵ que obliga a los Estados a mantener sistemáticamente en examen las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como las disposiciones para la custodia y el tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión en cualquier territorio que esté bajo su jurisdicción, a fin de evitar todo caso

²⁴ *Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, adoptada por la Asamblea General en su resolución 3452 (XXX), de 9 de diciembre de 1975.

²⁵ *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, adoptada por la Asamblea General en su resolución 39/46 el de 10 de diciembre de 1984 y ratificada por España el 19 de octubre de 1987.

de tortura (art. 11). El *Protocolo facultativo a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*²⁶ tiene como objetivo establecer un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes a los lugares en que se encuentren personas privadas de su libertad, con el fin de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art.1). Con esa misma finalidad, el *Convenio Europeo para la Prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos y degradantes*²⁷ crea un Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (art. 1).

Técnicamente, el delito de tortura solo puede cometerse por autoridad o funcionario público según los arts. 173.1 y 174 a 177 CP que castigan el trato degradante que menoscaba la integridad moral de la persona y la tortura indagatoria, punitiva e intimidatoria. Los particulares solo pueden cometer delito contra la integridad moral²⁸.

2.3. Principios de ultima ratio, de intervención mínima y non bis in idem

El Derecho Penal no es el único sistema de control social. Por su naturaleza de Derecho excepcional, en el sentido de que sólo debe aplicarse cuando su actuación resulte absolutamente indispensable, debe inspirarse en la idea de intervención mínima, de estricta necesidad o de última razón cuando existan otras posibilidades de intervención jurídica (administrativa, civil, laboral, etc.) o informal (familiar, social...) para conservar la paz social²⁹.

El principio de intervención mínima es un criterio de política criminal dirigido a orientar al legislador para que restrinja la respuesta penal a los casos más graves y en la medida en que sea necesario³⁰. Este principio no es aceptable como criterio de interpretación de la ley pues los jueces deben

²⁶ *Protocolo facultativo a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, hecho en Nueva York el 18 de diciembre de 2002 y ratificado por España el 4 de abril de 2006.

²⁷ *Convenio Europeo para la Prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos y degradantes*, hecho en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987 y ratificado por España el 28 de abril de 1987.

²⁸ GRIMA LIZANDRA, V.: *Los delitos de tortura y de tratos degradantes por funcionarios públicos*, ed. Tirant lo Blanch, 1998.

²⁹ VILLEGAS FERNÁNDEZ, J. M.: “¿Qué es el principio de intervención mínima?”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, nº 23, 2009, pp. 1 ss.

³⁰ STS (Sala de lo Penal – Sección 1) de 8 de julio de 2002.

atenerse al principio de legalidad si bien han de interpretar las normas de la forma que sean más favorables al reo³¹.

El principio *non bis in idem* (o *ne bis in idem*) impide que cualquier persona sea juzgada o sancionada por los mismos hechos y los mismos motivos por los que ya haya sido sancionada o absuelta por sentencia firme, en la misma o diferente sede judicial³². No es posible un nuevo enjuiciamiento si en un primer proceso ha concluido con una resolución firme con efecto de cosa juzgada. Esto no impide que si aparecen nuevas pruebas el procedimiento se vuelva a abrir.

2.4. Principio de igualdad ante la ley

El art. 14 CE proclama que “Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”³³.

Las normas jurídicas deben ser de carácter general y su contenido debe estar dirigido a toda la sociedad y no sólo para determinadas personas en particular. Todos los sujetos tienen la misma relación frente a la legalidad, con independencia de sus características individuales diferenciadoras basadas en la ideología, la religión, la etnia, la raza, la nacionalidad, el sexo, la orientación sexual, la discapacidad, etc.³⁴.

Este principio se cumple igualmente teniendo en cuenta las desigualdades, compensando los desequilibrios sociales o personales con tratos diferentes por discriminación positiva como ha resuelto el Tribunal Constitucional en varias cuestiones de inconstitucionalidad que le han sido planteadas

³¹ STS (Sala de lo Penal – Sección 1) de 13 de febrero de 2003.

³² Art.14.7 PIDCP: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”; art. 50 CDFUE: “Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley”. STS (Sala de lo Penal-Sección 1) de 19 de mayo de 2015.

³³ Art. 7 DUDH, art. 14 PIDCP, art. 14 CPDHLF, arts. 20 y 21 CDFUE

³⁴ El art. 22.4ª CP establece una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal cuando los hechos se cometen por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.

respecto de la violencia de género³⁵ o con diferentes sistemas sancionadores (penas, medidas...). No es admisible la discriminación positiva fuera de la legalidad.

2.5. *Principio de culpabilidad*

Este principio se enuncia como “no hay pena sin culpabilidad y la medida de la pena no puede superar la medida de la culpabilidad”³⁶. Ninguna persona física o jurídica³⁷ debe ser castigada por lo que no se le pueda reprochar personalmente a título de dolo o imprudencia³⁸. La culpabilidad está ligada a la finalidad retributiva de la pena.

Para determinar la culpabilidad hay que analizar la capacidad del sujeto para actuar de forma diferente a como lo hizo, de su capacidad para ajustar su conducta al ordenamiento jurídico. Para determinarla se debe realizar un juicio sobre su imputabilidad, su conciencia de la antijuridicidad de la actividad realizada y la exigibilidad de la conducta³⁹. Encontramos en el Código penal normas que recogen estas circunstancias⁴⁰ y regulan la graduación de la pena con arreglo a ellas⁴¹.

El principio de culpabilidad no rige en las medidas de seguridad que se imponen para prevenir la peligrosidad de un comportamiento delictivo futuro⁴².

El art. 5.1 LORRPM establece que “Los menores serán responsables con arreglo a esta Ley cuando hayan cometido los hechos a los que se refiere el

³⁵ SSTC 59/2008 y 41/2010, (trato penal diferente en el delito de maltrato familiar ocasional); STC 127/2009 (trato penal diferente en el delito de coacciones leves de violencia de género).

³⁶ Art. 11 DUDH; arts. 5, 10 y 11 CP.

³⁷ La responsabilidad penal de las personas jurídicas fue introducida en el art. 31 bis CP por LO 5/2010 y los arts. 31 ter a 31 quinquies por la LO 1/2015.

³⁸ Art. 12 CP.

³⁹ GIL GIL, A. y otros: ob. cit., pp. 103 ss.

⁴⁰ Arts. 14, 19 a 23 CP.

⁴¹ Arts. 61 a 72 CP.

⁴² STS (Sala de lo Penal-Sección 1) de 11 de junio de 2009: “peligrosidad y culpabilidad no suelen coincidir y la relación entre penas y medidas... Las medidas de seguridad -señala la doctrina más autorizada- no son atenuaciones de la pena, sino instrumentos para lograr fines diferenciados de los de la pena, no obstante las posibles coincidencias que pudieran existir entre las finalidades de una y otra... Las medidas no están vinculadas en su gravedad y duración a la magnitud de la culpabilidad, sino al principio de proporcionalidad que permite intervenciones más amplias que las autorizadas para las penas”.

artículo 1 y no concurra en ellos ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal previstas en el vigente Código Penal”. Para la elección de la medida adecuada el Juez, además de la capacidad de culpabilidad del menor, ha de examinar otras circunstancias personales, familiares, sociales y especialmente el interés del menor a fin adoptar la medida más idónea a las características del caso concreto (art. 7 LORRPM).

2.6. *Principio de proporcionalidad*

Este principio tiene dos objetivos, por un lado la idoneidad y necesidad del recurso a la sanción penal, y por otro, el equilibrio entre la conducta delictiva y la sanción en que incurre⁴³.

En primer término se requiere la existencia de una relación entre las normas penales y el fin de protección de bienes jurídicos frente a lesiones o puestas en peligro. Esto significa que, por un lado, el legislador debe calibrar si no existe otro tipo de norma jurídica que pueda tener el efecto suficiente de control y si la aplicación del Derecho penal es adecuada a la situación en virtud del principio de mínima intervención. Por otro lado, debe haber una proporción entre la pena establecida y el daño producido⁴⁴. En segundo término, en el momento de individualización de la pena, aplicable al autor de los hechos en el caso concreto, hay que tener en cuenta que para que sea justa debe ser proporcionada a la culpabilidad del sujeto y al daño causado.

⁴³ Art. 52 CDFUE: “Alcance e interpretación de los derechos y principios.

Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

Art. 49 CDFUE: “3. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción”.

⁴⁴ CORCOY BIDASOLO, M.: “Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales”, *Revista de Derechos Fundamentales* - Universidad Viña del Mar, n° 8, 2012, pp. 48.; ALEX Y R.: “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 91, enero-abril 2011, pp. 11ss.; NAVARRO FRIAS, I.: “El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?”, *InDret*, 2/2010, pp. 1 ss.; BERNAL PULIDO, C.: “Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. /RURSCONI, M. (dir.): *El principio de proporcionalidad penal*, ed. AD-HOC, Buenos Aires, 2014, pp. 93 ss. STC (Pleno) 84/2010, de 3 de noviembre de 2010: Cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 57.2 del Código penal.

3. Nuevas tendencias penológicas

Las normas penales deben cumplir un doble objetivo de prevención general, intimidando al potencial delincuente para que no cometa el delito, y de prevención especial para que quien ha delinquido no lo vuelva a hacer.

La pena siempre conlleva fines de intimidación o prevención matizados en las diferentes fases del ejercicio del poder punitivo del Estado. En la fase legislativa o de conminación penal, donde se amenaza con el castigo, la función preventiva general se cumple avisando de la sanción a quienes se sientan tentados de delinquir. En la fase judicial o de imposición, cuando se determina e impone la pena concreta al autor, se añade un criterio retributivo basado en la culpabilidad, de tal manera que se satisface el deseo de la víctima de sentirse compensada por el daño sufrido y de la propia sociedad cuya paz se ha interrumpido. En la fase de ejecución, se combina con la inocuización del condenado su intimidación particular y la resocialización con la perspectiva de reinsertar al delincuente en la sociedad con un comportamiento de convivencia social adecuado. Algunos autores descartan el fin retributivo y mantienen que el efecto preventivo general, que se inicia en la etapa legislativa, no desaparece en las otras dos etapas si bien el efecto preventivo especial, que se inicia en el momento de la determinación de la pena en la etapa judicial, es la única finalidad a perseguir en la etapa de la ejecución⁴⁵.

Las nuevas tendencias penológicas intentan combinar diversos fines para que las penas sean sancionadoras de un comportamiento prohibido y sirvan a la reeducación del infractor para su reinserción social. La rehabilitación descansa sobre la noción de prevenir, a través de un cambio en el comportamiento, la futura comisión de delitos por las personas ya condenadas.

El art. 32 CP clasifica las penas en privativas de libertad, privativas de derechos y multa. Entre las privativas de libertad están la prisión permanente revisable, equivalente a la cadena perpetua revisable (art. 36.1 CP); la prisión, con una duración de entre 3 meses y 20 años salvo las excepciones previstas legalmente (arts. 36.2 y 76 CP); la localización permanente con una duración de hasta 6 meses (art. 37 CP y RD 840/2011⁴⁶); y la respon-

⁴⁵ BERDUGO DE LA TORRE / ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (coord.): *Manual de Derecho Penitenciario*, ed Colex, Madrid, 2003, pp. 32 y siguientes.

⁴⁶ RD 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas.

sabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 53 CP). En la enumeración de las penas privativas de derechos (art. 39 CP) se encuentra la de trabajos en beneficio de la comunidad que el Juez no puede imponer sin el consentimiento del condenado (art. 49 CP y RD 840/2011).

La privación de libertad⁴⁷ no es el único medio que se puede utilizar para a la recuperación social del infractor, es más, existe una larga experiencia que nos dice que la prisión es un caldo de cultivo excelente para el aprendizaje de la delincuencia. Los estudiosos de la ciencia penitenciaria coinciden en que la pena privativa de libertad tiene un alto componente de estigmatización social y que se debe evitar su imposición en tanto sea posible. Por otra parte, las penas cortas de prisión⁴⁸ no permiten el desarrollo de una labor rehabilitadora eficaz y tienen únicamente una función intimidatoria de prevención general.

Los métodos para conseguir la readaptación social del condenado han ido evolucionando. Sistemas que se han revelado inoperantes han sido desechados y se están experimentando con otros implantados con aparente éxito en diferentes países⁴⁹. Todos los intentos van dirigidos a premiar el buen comportamiento del condenado que, basándose siempre en un pronóstico de comportamiento favorable, puede evitar perder su libertad o, una vez perdida, tiene la posibilidad de adelantar su recuperación⁵⁰.

⁴⁷ Art. 25 CE: “2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.”

LÓPEZ MELERO, M.: “Aplicación de la pena privativa de libertad como principio resocializador. La reeducación y la reinserción social de los reclusos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXV, 2012.

⁴⁸ En el Código Penal la pena menos grave de prisión tiene su límite inferior en los 3 meses (art. 33 CP).

⁴⁹ CID, J: “La política criminal europea en materia de sanciones alternativas a la prisión y la realidad española: una brecha que debe superarse”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, pp. 55 ss. ; CANO PAÑOS, M.A.: “Las medidas alternativas a la pena de prisión en el ámbito del derecho comparado”, *Revista internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, diciembre, 2014, pp. ss.

⁵⁰ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. : “Fórmulas para la resocialización del delincuente en la legislación y el sistema penitenciario españoles”, en J.L. Guzmán Dálbora (coord.): *Homenaje a M. de Rivacoba y Rivacoba. El penalista liberal. Controversias nacionales e internaciones en Derecho Penal, procesal penal y criminología*, 2004, pp. 717 ss.

A pesar de que las últimas reformas del Código Penal demuestran una tendencia al endurecimiento de las penas⁵¹. La normativa penal y penitenciaria ofrece opciones para disminuir el tiempo efectivo de privación continuada de libertad para los condenados por delitos graves, aunque sigan bajo la dependencia de la institución penitenciaria, con figuras como el cumplimiento en régimen abierto (que exige la clasificación previa en tercer grado de régimen de cumplimiento) o la libertad condicional (que puede ser adelantada cuando se comprueba una respuesta adecuada al tratamiento) o bien facilita directamente el acortamiento de la condena (con indultos parciales). Todas estas fórmulas premian al sujeto que se esfuerza en contribuir a modificar su comportamiento para reintegrarse cuanto antes a la convivencia respetuosa con el resto de la sociedad bajo las normas democráticamente establecidas.

3.1. *Alternativas a la prisión*

En los años setenta se inició en Estados Unidos un movimiento partidario de la abolición de las cárceles para luchar contra las condiciones degradantes del cumplimiento de las penas de prisión. Se han buscado sustitutivos de control social para los delincuentes partiendo de las siguientes premisas: a) disminuir la intromisión de la ley penal en la esfera de la moralidad privada y del bienestar social; b) utilizar la cárcel sólo para los casos en los que no se pueda aplicar otros mecanismos de control social; c) depositar una mayor confianza en otros correctivos como la multa, los pagos compensatorios o la restitución a las víctimas.

En el Código penal español se ha tenido en cuenta los efectos negativos de las penas privativas de libertad cortas y el efecto destructivo para la personalidad del sujeto de las penas privativas de libertad largas. Siguiendo las nuevas tendencias⁵² se han arbitrado alternativas y sustituciones a las penas privativas de libertad de manera que a través de diversos mecanismos la pena

⁵¹ A modo de ejemplo, la LO 1/2015 en un falso intento de despenalizar las faltas ha transformado la mayoría de ellas en delitos leves, y ha introducido la prisión permanente revisable (arts. 35 y 36 CP); la LO 5/2010 instituyó la medida de libertad vigilada con cumplimiento posterior a la pena de prisión (art. 106 CP). JIMÉNEZ MARTÍNEZ, C.: “La libertad vigilada en el CP de 2010. Especial mención a la libertad vigilada para imputables peligrosos”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 7, 2012, p. 13 ss.; TORRES ROSELL, N.: “Libertad vigilada y seguimiento continuado de penados. Contenido e implicaciones político criminales”, *RECPC* 14-06, 2012.

⁵² Ver *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*, ed. Grupo de Estudios de Política Criminal, Málaga, 2005; MORRILLAS CUEVA, L. / BARQUÍN SANZ, J. (dir.): *La aplicación de las alternativas de la pena de prisión en España*, Universidad de Granada, 2013.

tenga un contenido adecuado a cada caso para que el infractor aprenda a vivir en libertad sin lesionar derechos o bienes ajenos. Antes de que se haya dictado sentencia, el perdón del ofendido puede tener el efecto de extinguir la responsabilidad criminal cuando así se prevea expresamente (art. 130.5º CP). En la misma sentencia o posteriormente en auto motivado, antes de que se inicie la ejecución de la pena, el Juez puede acordar suspender la ejecución teniendo en cuenta las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y el esfuerzo por reparar el daño causado, (arts. 80 a 87 CP). La sustitución de la pena de prisión sólo está prevista para delincuentes de nacionalidad extranjera que pueden ser expulsados del territorio español (art. 89 CP). Durante la ejecución de la pena, el condenado puede acceder a la libertad condicional (arts. 90 a 92 CP) o a un indulto parcial.